

Roj: **STS 2893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2893**Id Cendoj: **28079120012017100583**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/07/2017**Nº de Recurso: **10777/2016**Nº de Resolución: **538/2017**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Almería, núm. 1, 18-04-2015,**
SAP AL 890/2016,
STS 2893/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación 10777/2016P, interpuesto por D. Onesimo , representado por el procurador D. Rafael Ángel Palma Crespo, bajo la dirección letrada de D. Nabil El Meknassi Barnosi, contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª Rollo apelación penal 429/2016 , dimanante del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Purchena, instruyó Diligencias Urgentes con el número 27/16 contra E. Onesimo , y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería que, con fecha 18 de abril de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

«Que Onesimo , mayor de edad y con antecedentes penales por delito de robo con violencia, en compañía de otras dos personas no juzgadas, que llevaban la cara tapada, puestas de común acuerdo, sobre las 19,40 horas del 18 de diciembre de 2015, con ánimo de obtener un beneficio económico injusto, en la C/ DIRECCION000 , de la localidad de Lúcar, se introdujeron en la vivienda en la que reside la familia de Zaida , aprovechando que la puerta de la cocina no tenía la llave echada.

Uno de los asaltantes no identificados portaba un elemento metálico punzante, otro asaltante no identificado cogió un cuchillo de la cocina de la vivienda y el acusado un bate de beisbol que se encontraba en la vivienda. Cuando los asaltantes entraron en el domicilio, en el salón se encontraba Zaida . Los asaltantes asieron a Zaida del cabello, le colocaron cinta adhesiva en el rostro, la boca y ambas muñecas, la golpearon con un bate de beisbol en la cabeza a la vez que le preguntaban por la caja, le colocaron el objeto punzante en el cuello, consiguiendo con las anteriores actuaciones que la misma les dijera dónde guardaba un sobre con 450 euros del que se apoderaron y alcanzaron plena disponibilidad. A continuación el acusado le pidió más dinero y al responderle ella que no había más, el acusado profirió la siguiente expresión: " si a partir de ahora encontramos más dinero, empezamos matando a alguien de tu familia." El acusado y los otros individuos que le acompañaban huyeron de la vivienda al percatarse de la llegada del esposo de Zaida . Como consecuencia de la agresión sufrida Zaida sufrió lesiones consistentes en contusión parietal izquierda con céfalo-hematoma, erosiones en muñeca izquierda, ansiedad, lesiones que requirieron para su sanidad primera



asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico y de las que tardó en sanar 20 días, 10 de ellos impeditivos para el ejercicio de sus ocupaciones habituales. La perjudicada reclama.»

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a Onesimo

- como autor de un delito ya definido de robo con violencia en casa habitada, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia cinco años de prisión, con inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el tiempo que dure la condena, con prohibición de acercarse o comunicarse con Zaida en cualquier forma, tiempo y lugar, y nunca a menos de 500 metros, durante nueve años, y con indemnización a la perjudicada de la suma de 1450 euros más sus intereses legales al pago; y al pago de 1/3 de las costas procesales;

- como autor de un delito ya definido de lesiones leves, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a tres meses de multa a razón de cinco euros por día, con prohibición de acercarse o comunicarse con Zaida en cualquier forma, tiempo y lugar, y nunca a menos de 500 metros, durante seis meses y al pago de 2/3 de las costas procesales. Siéndole de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Y que le debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** del delito de pertenencia a grupo criminal que se le acusa, con declaración de oficio de 1/3 de costas procesales. »

TERCERO.- Por la representación del acusado D. Onesimo , se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, dictándose por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª, Rollo Apelación 429/16) sentencia en fecha 17 de noviembre de 2016 , que contiene el siguiente FALLO:

«Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido por la ...representación procesal de Onesimo , contra la sentencia dictada con fecha 18 de abril de 16 , por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Almería, en las actuaciones de Juicio Rápido nº 150/16, de las que deriva el presente Rollo nº 429/16, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la expresada resolución, declarando de oficio, no obstante, las costas causadas en esta alzada.»

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, por la representación de D. Onesimo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente D. Onesimo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de precepto constitucional amparo del artículo 5.4 LOPJ al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE , relativo a la presunción de inocencia.

2º.- Al amparo del artículo 850.1 LECrim vigente a la fecha de los hechos, por denegación de diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma.

3º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim , por aplicación indebida del artículo 22.8 CP .

4º.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE).

5º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, por aplicación indebida y falta de motivación de la pena de los artículos 66 a 68 en relación con el artículo 368 CP .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 22 de junio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia el 17 de noviembre de 2016 , que desestimó el recurso de apelación que había sido interpuesto por la representación procesal se D. Onesimo contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de la misma ciudad, que lo había condenado como autor de un delito de robo con violencia en casa habitada y uso de instrumento peligroso, concurriendo



la agravante de reincidencia, a la pena de cinco años de prisión, y de otro de lesiones leves, en este caso sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de tres meses multa.

Contra dicha resolución interpuso recurso el condenado que en un primer y cuarto motivo, con apoyo en el artículo 5.4 LOPJ, denunció vulneración de la presunción de inocencia y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ambos del artículo 24.2CE; en otro segundo, por la vía que habilita el artículo 850 1º LECrim, planteó la denegación de diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma; un tercero que invocó el artículo 849 1º LECrim para demandar la aplicación indebida del artículo 22.8 CP, y un quinto también al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción de los artículos 66 a 68 CP en relación a la motivación de la pena.

Nos encontramos en la vía impugnativa que ha habilitado la reforma de la LECrim operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir la posibilidad de recurso de casación en el artículo 847.1 b) contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema impugnativo que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, si bien limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la «infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849», cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. Así lo dijo expresamente la Exposición de Motivos de la Ley que lo implantó, y se deduce del artículo 889 LECrim que en estos casos autoriza la inadmisión a través de una providencia "sucintamente motivada" acordada por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017 de 26 de marzo, que resolvió de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, «estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)», orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar que debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

«A) El art 847 1º letra b) de la LECrim . debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art 849 de la LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el art 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art 884 Lecrim).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (art 892 Lecrim)».

De conformidad con el mismo, solo cabe entrar a conocer del tercero de los motivos de recurso, que se formuló por infracción de ley del 849.1 LECrim y el siguiente supeditado a él. Debiendo tenerse los restantes por desestimados en cuanto inadmisibles.

SEGUNDO: El motivo que ha de ser ahora resuelto, denuncia infracción de ley por aplicación indebida de la agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP en cuanto que apreciada en contra de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que exige que las circunstancias modificativas de la responsabilidad queden tan acreditadas



como el hecho mismo sobre el que están llamadas a producir efecto, y que el relato de hechos probados de la sentencia que las aprecie recoja todos los elementos que determinen su aplicación.

1. Establece el artículo 22.8 del CP «hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de esta Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves».

Ciertamente la doctrina de esta Sala, condensada en las resoluciones a las que la parte recurrente alude en su escrito, y en otras más recientes (entre ellas SSTS 4/2013 de 22 de enero ; 313/2013 de 23 de abril ; 547/2014 de 4 de julio ; 630/2014 de 30 de septiembre ; 521/2016 de 812/2016 de 28 de octubre ; 857/2016 de 11 de noviembre o 147/2017 de 8 de marzo) ha señalado que para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el *factum* la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato no será necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición. Ya dijo la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación, lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.

2. En este caso, la sentencia dictada en apelación dio por reproducidos los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado de lo Penal, cuya única referencia a los antecedentes del recurrente fue "que Onesimo , mayor de edad y con antecedentes penales por delito de robo con violencia". Ningún dato respecto a la fecha de las sentencias, a la pena impuesta, ni al momento de su extinción, que tampoco podía descartarse.

Es decir, omitió cualquier referencia a la concurrencia de los presupuestos sobre los que se asienta la agravante de reincidencia, más allá de la existencia de condenas anteriores por delitos de la misma naturaleza incluidos en el mismo título del Código, sin posibilidad de deducir si a la fecha de comisión de los nuevamente enjuiciados, eran o no cancelable.

3. Respecto a la posibilidad de integrar los déficit del *factum* con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, dijimos en la STS 495/2015 de 29 de junio y las que ella cita, que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado, pero también se ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo sólo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fáctico y jurídico- que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado.

En lo que a la agravante de reincidencia se refiere, entre otras las SSTS 857/2016 de 11 de noviembre o 217/2016 de 15 de marzo han afirmado que las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones. Sin embargo se ha admitido, siempre que los datos relevantes consten en los hechos probados (la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena), que las dudas que pudieran surgir respecto de la interpretación y valoración de los mismos se despejen con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica (STS 110/2017 de 22 de febrero)

4. En el caso que nos ocupa, la sentencia del Juzgado de lo Penal se limitó a señalar en su fundamento tercero «en la ejecución de dicho delito de robo con violencia procede apreciar la existencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia». Poco más incorporó la sentencia recurrida respecto a la agravante cuya concurrencia confirmó, también en su fundamento derecho tercero señaló: «Finalmente, está en desacuerdo con la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia,



cuando en la causa está acreditada la existencia de antecedentes penales (Fs. 113 y 117). En consecuencia, es correcta la estimación de la concurrencia de esta circunstancia agravatoria».

Tan lacónico pronunciamiento, en el que ni siquiera se indica a qué tipo de documentos se remite y que datos valora, es insuficiente a los fines de integrar una secuencia de hechos huérfana de los elementos básicos de la agravante que se aplica y que provoca la consiguiente exasperación punitiva. Y ello pese a los esfuerzos del Ministerio Fiscal a partir de la consulta de la hoja histórico penal que consta en el folio 117.

En este sentido hemos de resaltar que también es criterio consolidado de esta Sala que, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del artículo 849.1º, no puede acudir al examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo (SSTS 647/2008, de 23-9 ; /2008, de 20-12; 1175/2009, de 16-11 ; y 1061/2010, de 10-11 ; 207/2012 de 12 de marzo , 812/2016 de 28 de octubre ; 259/2017 de 6 de abril .)

En atención a lo expuesto el recurso se va a estimar, con la correspondiente incidencia en la determinación de la pena que corresponde imponer al recurrente, que concretaremos en la segunda sentencia que se dicte, lo que además dejaría vacío de contenido el último motivo del recurso.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim, declaramos de oficio las costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido ESTIMAR PARCIALMENTE, el recurso de casación interpuesto por la representación del acusado D. Onesimo, contra la sentencia de 17 de noviembre de 2016 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, en la causa seguida contra el mismo por un delitos de robo con violencia y lesiones, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho y declarándose de oficio las costas devengadas en este recurso. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 11 de julio de 2017

Esta sala ha visto la causa Rollo apelación penal 429/2016 seguida ante la Sección 3º de la Audiencia Provincial de Almería dimanante de la 150/16 del Juzgado de lo Penal num 1 de Almería, instruida por el Juzgado num 1 de Purchena, por delito de robo con violencia en casa habitada contra Onesimo, nacido en Ecuador, el NUM000 .84, con DNI nº NUM001, en la cual se dictó sentencia por mencionada Audiencia con fecha 17 de noviembre de 2017, que ha sido recurrida en casación por el acusado, y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, proceden a dictar esta **Segunda Sentencia** con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede, al no concurrir la agravante de reincidencia previamente apreciada, procede determinar la nueva pena a imponer.



Declarado el recurrente autor de un delito de robo con violencia en casa habitada artículo 242.1 y 2 CP) y con uso de instrumento peligroso (artículo 242. 3 CP) la pena a imponer oscila en la horquilla que va de 4 años y tres meses a 5 años. La no concurrencia de circunstancias modificativas permite recorrer esa pena en toda su extensión. Las especiales circunstancias que rodearon la ejecución aconsejan descartar el mínimo legal y optar como procedente por la pena de 4 años y 6 meses de prisión.

En cuanto a la pena accesoria, la Sala de instancia se decantó por imponer la inhabilitación especial para empleo o cargo público. Sin embargo no se deduce la existencia de vinculación alguna entre los delitos cometidos y cualquier tipo de actividad pública por parte de los acusados, en los términos que exige el artículo 56.3 del Código Penal por lo que optamos ahora por imponer como accesoria la prevista en el número 2 del mismo precepto.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal fijamos en 4 años y 6 meses de prisión, con las correspondiente accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, la pena que se impone a D. Onesimo por el delito de robo con violencia con uso de instrumento peligroso en casa habitada del artículo 242 1 , 2 y 3 CP , por el que fue condenado en sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Almería de fecha 18 de abril de 2016 dictada en el procedimiento de juicio rápido 150/2016, confirmada en apelación por la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de apelación 429/2016 de fecha de fecha 17 de noviembre de 2016 , confirmando ambas resoluciones en lo que no se oponga a lo ahora acordado.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia